

ALLAN LEITE DIAS

**PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL
INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA**

CURITIBA
2002

ALLAN LEITE DIAS

**PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL
INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA**

Monografia apresentada para obtenção de
graduação de Bacharel no curso de Direito,
do Departamento de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná.
Orientador: Prof. Antônio Acir Breda

CURITIBA
2002

Primeiramente agradeço a Deus, eterno regente de nossa mente e coração, aos meus pais, que me deram a educação adequada, fazendo-me seguir firme nos meus propósitos e sempre me incentivando a fazer melhor. A minha esposa e ao meu filho, meus companheiros nos momentos mais decisivos da minha vida e que estiveram ao meu lado por todo o curso, tornando o alcance dos meus objetivos mais fáceis. E ao Prof. Antônio Acir Breda, meu orientador, que orientou-me neste trabalho, sendo de indispensável importância na minha formação profissional.

ALLAN LEITE DIAS

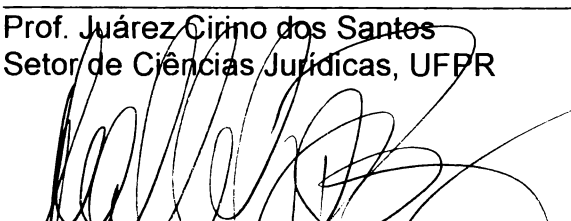
PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL
INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICAS

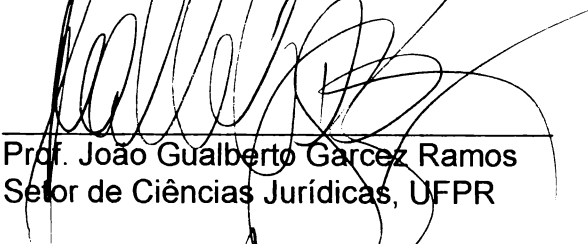
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador:

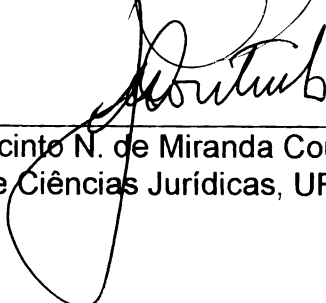

Prof. Antônio Acir Breda
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Banca:


Prof. Juárez Cirino dos Santos
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR


Prof. João Gualberto Garcez Ramos
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Suplente:


Prof. Jacinto N. de Miranda Coutinho
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, 25 de outubro de 2002.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
1 BENS JURÍDICOS EM CONFLITO	03
1.1 DO DIREITO À INTIMIDADE	03
1.2 DA RELATIVIDADE DO DIREITO À INTIMIDADE	03
1.3 LIBERDADES PÚBLICAS	04
1.4 TEORIA DA PROPORCIONALIDADE	05
1.5 PROVAS ILÍCITAS	07
1.6 TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA	10
2 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: ANTECEDENTES E CONCEITOS BÁSICOS	12
2.1 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	13
2.2 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – CONCEITO	15
2.3 NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO QUE CONCEDE OU NÃO A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E RECURSO CABÍVEL	17
2.4 DOCUMENTAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO E SEU VALOR PROBANTE	19
2.5 PROVA EMPRESTADA	19
3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI 9.296/96	21
3.1 ARTIGO 1º	21
3.2 ARTIGO 2º	29
3.3 ARTIGO 3º	32
3.4 ARTIGO 4º	33
3.5 ARTIGO 5º	34
3.6 ARTIGO 6º	35
3.7 ARTIGO 7º	36
3.8 ARTIGO 8º	37
3.9 ARTIGO 9º	38
3.10 ARTIGO 10º	38
CONCLUSÃO	40
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

INTRODUÇÃO

Faz parte da natureza humana querer saber o que se passa na vida dos outros. Poder ingressar na esfera íntima das pessoas é um desejo que, mesmo inconscientemente, todos têm ou já tiveram em algum momento das suas vidas. Não é por acaso que programas televisivos, que exploram a convivência e o cotidiano de pessoas comuns, alcançam índices altíssimos de audiência.

Antigamente, era difícil alguém conseguir “bisbilhotar” a vida privada de outra pessoa, pois havia poucas “brechas” para isso.

Modernamente, com a evolução tecnológica, os meios de comunicações se expandiram e essa expansão trouxe uma maior possibilidade de contatos entre as pessoas. Mas também trouxe problemas, pois ficou mais fácil, para quem dominasse os meios técnicos, interceptar e ter acesso ao conteúdo das conversas e assim, expor os interlocutores a constrangimentos, chantagens e humilhações.

Os ordenamentos jurídicos não poderiam ficar inertes a esta nova realidade da civilização e passaram, gradativamente, a disciplinar estas invasões na esfera privada das pessoas, seja proibindo ou limitando este tipo de procedimento, só permitindo, neste último caso, quando o interesse público predominasse sobre o interesse individual.

No Brasil, a nossa Carta Magna prestigiou a inadmissibilidade das provas ilícitas no processo. Prestigiou também a inviolabilidade da intimidade, da imagem, da honra e da vida privada.

Porém, nenhum exercício de direito pode ser absoluto, sob pena de se ofender direitos de outras pessoas e incentivar a impunidade. Deve-se invocar o princípio da proporcionalidade, o qual autoriza a supressão de um direito em detrimento de outro, quando não podem conviver na mesma realidade.

Por isso nossa Constituição permitiu a quebra do sigilo telefônico, desde que atendidas algumas condições.

É neste prisma que surge a interceptação telefônica autorizada, ou seja, em alguns casos o ordenamento jurídico entendeu que este meio de prova é viável, pois o interesse da coletividade está em jogo e faz-se necessário violar a proteção à vida íntima de uma ou mais pessoas, para que prevaleça a harmonia social.

Este trabalho abordará as diversas polêmicas que a Lei de Interceptação Telefônica (lei 9.296/96), causou, apesar de ser uma lei pequena, com poucos artigos. Estas polêmicas surgem, justamente, porque a lei autoriza uma medida grave, que deve ser excepcionalíssima, sob pena de se violar direitos constitucionalmente garantidos, como as comunicações telefônicas e a própria intimidade.

Há a necessidade de se conciliar a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, de um lado, e a necessidade, do outro, de não privar o Estado dos instrumentos necessários à luta contra a criminalidade.

Serão informadas as opiniões de diversos juristas e doutrinadores sobre o assunto, bem como os pressupostos para a autorização da medida, causas impeditivas, legitimidade para requerer, etc.

Capítulo 1

1 BENS JURÍDICOS EM CONFLITO

1.1 DO DIREITO À INTIMIDADE

Primeiramente, antes de passarmos ao estudo da Lei de Interceptações Telefônicas (LIT, n.º 9.296, de 24 de julho de 1996), urge analisar a existência de um direito à intimidade.

Dispõe nossa Constituição Federal, em seu **artigo 5º, inciso X**: “**são invioláveis a intimidade, a vida privada...**”. Além disso, o direito à intimidade é tutelado quando se proclama, por exemplo, o direito à imagem, à defesa do nome, à tutela da obra intelectual e o direito ao segredo. Importa também salientar que nossa atual Constituição inovou, no sentido de tornar explícita a tutela à intimidade, inclusive punindo sua violação com indenização (**art.5º , X, *in fine* C.F.**).

Define Paulo José da Costa Júnior: “o direito à intimidade é o direito de que dispõe o indivíduo de não ser arrastado para a ribalta contra a vontade. De subtrair-se à publicidade e de permanecer recolhido na sua intimidade, o direito de impedir a divulgação de palavras, escritos e atos”.¹

Atente-se para o fato de o direito à intimidade pertencer à categoria dos chamados direitos da personalidade. Assim, o direito à intimidade abrange o direito ao segredo e o direito à reserva.

1.2 DA RELATIVIDADE DO DIREITO À INTIMIDADE

O direito à intimidade, como todos os demais, encontra limitações em seu exercício. Principalmente no tocante às demais liberdades públicas

Ademais, segundo a orientação dos nossos Tribunais, nenhum direito individual pode servir de base para práticas ilícitas “Dessa forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a

coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual”.²

O princípio da concordância prática ou da harmonização, segundo os ensinamentos de Canotilho, exige para interpretação das normas constitucionais, quando há contradição de princípios, uma coordenação dos bens jurídicos em conflito para evitar o sacrifício total de uns em benefício de outros³.

Há um conflito entre o interesse de preservar a vida privada contra o interesse de justiça. Nos deparamos com uma situação onde o excesso de limites bem como a maximização do exercício ao direito à intimidade pode ocasionar a ilegítima violação de direito fundamental ou a impunidade, respectivamente.

1.3 LIBERDADES PÚBLICAS

Nas democracias liberais, as Constituições declaram direitos bastante semelhantes entre si. A Constituição brasileira de 1988, de forma mais abrangente e extensa que nas anteriores, deu excepcional ênfase aos direitos e às garantias do indivíduo em matéria penal e processual penal.

As ações investigatórias exercidas pelos órgãos incubidos da persecução penal quase invariavelmente colidem com a proteção que a Constituição forma em torno dos direitos da personalidade, dentre os quais o direito à intimidade, envolvendo a liberdade do homem.

No exercício das liberdades públicas há que haver uma harmonia que impeça o exercício de uma delas em detrimento das liberdades alheias ou da ordem pública. Daí a necessidade de imposição de limites às ingerências estatais e à própria atividade probatória das partes. Tanto as liberdades quanto o próprio processo sujeitam-se a preceitos e finalidades éticas.

Os avanços tecnológicos colocaram nas mãos do Estado e dos próprios indivíduos aparatos sofisticados que permitem praticamente todas as formas de

¹ COSTA JÚNIOR, P. J. O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade. 1970. p. 39, 40.

² MORAES, A. Direito Constitucional. 3ª ed. 1998. p. 46, 47.

invasão de privacidade. É o caso das interceptações telefônicas e gravações clandestinas.

A Constituição Federal de 1988 colocou a questão da inadmissibilidade das provas ilícitas em termos praticamente absolutos. Transferiu-se, desta forma, à doutrina e à jurisprudência a tarefa de compatibilizar as exigências conflitantes que se apresentam em antagonismos como direito à prova-privacidade; punição dos culpados-inviolabilidade do domicílio; etc.

Neste panorama é possível reavaliar, na atualidade, o problema da admissibilidade das provas ilícitas no processo, a partir de um balanceamento dos valores em jogo e à luz das teorias da proporcionalidade e da razoabilidade. Especialmente no processo penal, onde se resolvem questões da intimidade no enfoque da liberdade.

Ada Pellegrini Grinover observou que a interceptação telefônica não podia ser ignorada, preconizando a necessidade de sua regulamentação precisa, cercanda-a das cautelas necessárias a garantir a tutela da intimidade⁴.

I.4 TEORIA DA PROPORCIONALIDADE

Deriva da Antigüidade Clássica o pensamento da teoria da proporcionalidade. Os gregos viam como última razão do Direito o bem-estar dos indivíduos reunidos em coletividade. Os juristas romanos também revestiam de utilidade o Direito, justificando intervenções do Estado no patrimônio privado.

No campo da moral os gregos também desenvolveram a idéia da proporcionalidade. Defendiam a idéia de equilíbrio harmônico entre o justo, o belo e o bom. Qualquer exagero desta medida causaria sofrimento. Essas noções foram formalizadas pela ética aristotélica através do conceito de “justiça distributiva”, que impõe a divisão de encargos e prêmios como resultado da posição ocupada pelo indivíduo na sociedade bem como pelos serviços prestados por ele. O estoicismo permitiu a introdução destas idéias na mentalidade jurídica romana.

³ Ibid.

⁴ GRINOVER, A. P. Liberdades Públicas e Processo Penal – As Interceptações Telefônicas. 1976. p.

A concepção atual da proporcionalidade corresponde a uma limitação do poder estatal em benefício da garantia da integridade física e moral dos que lhe estão sub-rogados. Confunde-se com a própria origem do Estado democrático de direito. Há que haver um equilíbrio entre os poderes do Estado e um respeito mútuo entre este e os indivíduos a ele submetidos. Para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessário não só a existência de normas para pautar essa atividade, como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulativo para se ponderar até que ponto se vai dar preferência ao todo ou às partes, o que também não pode ir além de um certo limite.

No Brasil, o princípio da proporcionalidade foi largamente utilizado pela doutrina administrativa, especialmente por Maria Sylvia Zanella di Pietro, ao tratar dos limites do poder de polícia, informando que: “o seu exercício pelo Poder Público não pode ir além do necessário para satisfação do interesse público que se visa proteger”⁵. Celso Antônio Bandeira de Melo ao abordar os princípios constitucionais do direito administrativo, refere que o princípio da proporcionalidade exprime a idéia de que: “as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas”⁶.

No momento que a Constituição passa a disciplinar matérias cujos os relacionamentos são intermediados pelo princípio da proporção, já implica aceitar a sua aplicação generalizada nos vários ramos do direito, inclusive no Processo Penal, já que este é o Direito Constitucional aplicado. Isto exige dos juizes o respeito à proporcionalidade ao aplicarem as medidas coativas de acordo com o ordenamento processual penal, havendo mesmo diversos artigos que trazem implícito este princípio. A proporcionalidade fundamenta o equilíbrio entre os vários princípios que fundamentam o direito processual, ora pendendo para um, ora para outro. Neste âmbito existe uma construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade de provas obtidas ilicitamente.

⁵ PIETRO, M. S. Z. Direito Administrativo. 2000. p. 93.

⁶ AVOLIO, L. F. T. Provas Ilícitas – Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas. 1999. p. 62.

Aplicação do princípio da proporcionalidade na ótica do direito de defesa é a admissibilidade da prova ilícita em benefício do réu. É o caso, segundo Ada Pellegrini Grinover, do acusado que grava sua conversa com terceiro para provar a própria inocência⁷. Aqui a ilicitude é eliminada por causa de justificação legal de antijuricidade, no caso a legítima defesa.

Esse princípio pode também legitimar a interceptação ilícita nos casos, por exemplo, de seqüestro, em que se confrontam dois valores constitucionalmente garantidos, como o direito à vida ou à integridade física (do seqüestrado) e o direito à intimidade ou ao sigilo da correspondência e das comunicações, ou ainda à inviolabilidade do domicílio (do seqüestrador e de terceiros), fazendo com que prevaleça o mais relevante. A liberdade do réu, em comparação com a intimidade de terceiro, possui maior peso e significância no quadro das liberdades públicas.

1.5 PROVAS ILÍCITAS

A prova é o elemento integrador da convicção do juiz com os fatos da causa, daí sua relevância no campo do direito processual. É natural também que toda matéria relativa à prova guarde estreita relação com o contexto político-sociológico onde o processo se situa.

Provas ilícitas são provas obtidas com infração a normas ou princípios de direito material, principalmente de direito constitucional, porque a problemática da prova ilícita se prende à questão das liberdades públicas. Para violação dessas normas é o direito material que estabelece sanções. Até pouco tempo o direito processual se mantinha alheio a esta realidade, pois a prova ilícita pressupõe uma violação no momento da colheita da prova, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre externamente a este.

Faz-se necessário distinguir as provas ilícitas das provas ilegítimas. Estas são provas obtidas com violação de normas de direito processual, o qual exclui determinadas provas, como a proibição de depor em relação a fatos que envolvam sigilo profissional. Outra distinção se faz quanto ao momento da transgressão:

⁷ Ibid.

enquanto na prova ilegítima a ilegalidade ocorre no momento de sua produção, na prova ilícita a ilegalidade ocorre no momento de sua colheita.

Utiliza-se hoje o sistema da liberdade probatória, porém delimitada por algumas diretrizes estipuladas pelo Estado, que desta forma, restringe, limita, proíbe ou impede a utilização de determinados meios de prova. Tudo para proteger os valores sociais, dentre os quais a liberdade e a intimidade. Nelson Hungria, embora declarando-se favorável à livre admissão da prova em juízo como atributo do princípio do livre convencimento, e identificando a finalidade do processo penal com a descoberta da verdade material, entende que a liberdade na apreciação dos meios de prova, por maior que seja, não é total⁸. O limite é aquele que garanta a exclusão dos meios de prova que atentem contra o pudor público, ou se revelem subversivos da ordem pública, violentas e atentatórios à personalidade humana ou à moral pública.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVI, considerou inadmissíveis no processo as provas ilícitas. Trata-se de uma inexistência jurídica tornando o ato ineficaz desde sua origem. A prova ilícita não surte efeito em qualquer momento do processo. Se for admitida, produzida e até mesmo valorada pela sentença, o Tribunal, em grau de recurso, deverá desconsiderá-la. Se a sentença transitada em julgado baseou-se na prova ilícita deverá ser anulada em revisão criminal.

Trazendo a discussão para o âmbito do processo penal, é preciso dizer que a vedação do uso de qualquer prova ilícita não é pacífica na doutrina brasileira, mesmo diante da taxatividade do novo texto constitucional.

Vicente Greco Filho entende que essa regra da inadmissibilidade de qualquer prova obtida por meios ilícitos não deve ser absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito⁹.

Na mesma linha o raciocínio de Nelson Nery Júnior, para quem a ilicitude de obtenção de prova seria afastada quando, por exemplo, houver justificativa para a

⁸ Ibid., p. 82.

ofensa a outro direito por aquele que colhe a prova ilícita. É o caso do acusado que, para provar sua inocência, grava clandestinamente conversa telefônica entre outras duas pessoas. Age em legítima defesa, que é causa da exclusão da antijuridicidade, de modo que essa prova antes de ser ilícita é, ao contrário, lícita, ainda que fira o direito constitucional de inviolabilidade da intimidade, previsto na CF, 5º, X, que (...) não é absoluto¹⁰.

Celso Bastos também sustenta que o texto constitucional deve sofrer ressalvas. Estas, segundo ele, resultam de sua interpretação finalística teleológica e da sua inserção sistemática no contexto das normas protetoras do direito processual penal¹¹.

Toda esta discussão tem seu embasamento no princípio da proporcionalidade.

Até o advento da Constituição de 1988, a doutrina brasileira se dividia em duas correntes sobre a admissibilidade processual das provas ilícitas, com preponderância da teoria da admissibilidade, especialmente no direito de família.

Nesse sentido, Washington de Barros Monteiro sustentava ser irrelevante o meio pelo qual a prova foi obtida, devendo o juiz aproveitar o seu conteúdo, e enviar ao Juízo Criminal eventual indício da existência de ilícito penal¹². José Rubens Machado de Campos sustenta que, no conflito entre o direito à intimidade e os meios ilícitos de prova, não se admite mais uma proteção absoluta às liberdades públicas¹³. Para Pontes de Miranda, o essencial não é a modalidade da prova, mas se o seu conteúdo viola ou não norma material ou constitucional¹⁴.

A jurisprudência oferecia forte embasamento a essa corrente doutrinária. Em acórdão de 1951, o Ministro Raphael de Barros Monteiro sustentou que os “Tribunais têm de julgar conforme as provas que lhes são apresentadas e não lhes compete investigar se elas foram bem ou mal adquiridas”¹⁵.

⁹ GRECO FILHO, V. Manual do Processo Penal. 1995. p.178.

¹⁰ NELSON JÚNIOR, N. Proibição da Prova Ilícita. Novas Tendências do Direito. In Justiça Penal n.º 4. 1996. p.18.

¹¹ STRECK, L. L. As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição – Cidadania – Violência. 1999. p. 19.

¹² Ibid., p. 79.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid.

1.6 TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA

A teoria norte-americana “*fruits of the poisonous tree*” é aquela que faz comunicar o vício da ilicitude da prova obtida com violação à regra de direito material a todas as demais provas produzidas a partir daquela, ou seja, o vício da planta se transmite a todos seus frutos. Aqui tais provas são tidas como ilícitas por derivação. É o caso, por exemplo, da obtenção do local onde se encontra o produto do crime através da confissão do suspeito submetido à tortura. A justificativa para não se admitir este tipo de prova é que, por mais que as provas por si mesmas sejam idôneas, mas que foram obtidas por meios ilícitos, que ferem direitos subjetivos, muitas vezes até constitucionais, seria legalizar o ilícito e além disso, estimulá-lo.

O sistema americano, em tema de exclusão probatória, está voltado principalmente ao processo penal e à autoridade pública, e tende a não afastar do processo as provas decorrentes de violações praticadas por particulares, e de não estender as regras de exclusão a outros campos do direito. E, para conter o arbítrio policial e preservar as garantias individuais, este sistema contemplou inclusive o acolhimento da prova ilícita *pro reu*.

O problema das provas ilícitas por derivação, por uma imposição lógica, só se encontra nos sistemas que optaram pela inadmissibilidade processual das provas ilicitamente obtidas.

A doutrina e a jurisprudência ainda não chegaram a uma posição pacífica, quer no direito comparado, quer no direito brasileiro, sobre a admissibilidade destas provas formalmente lícitas mas derivadas de provas materialmente ilícitas. Não faltam incertezas e divergências de opiniões sobre o assunto. Há que se encontrar uma posição que concilie a busca da verdade real e o respeito aos valores constitucionalmente protegidos.

No Brasil, Ada Pellegrini Grinover entende que: “a posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e consequentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, é a que transmite a ilicitude da obtenção da prova às provas derivadas, que são banidas igualmente do processo”. Afirma, ainda, que a Constituição brasileira não toma partido na discussão sobre a admissibilidade

¹⁵ Ibid.

das provas derivadas, deixando espaço para a construção da doutrina e da jurisprudência¹⁶.

Em sentido contrário, encontra-se a posição de Mirabete, que, no tocante à admissibilidade das provas ilícitas por derivação, entende que, “como a lei ordinária não prevê expressamente a nulidade ou a inadmissibilidade deste tipo de prova, prevalece a eficácia do dispositivo constitucional que veda apenas a admissibilidade da prova colhida ilicitamente e não a da que dela deriva”¹⁷.

Luiz Francisco Torquato Avolio concorda com Ada Grinover, que a Constituição deixou em aberto a questão da admissibilidade das provas ilícitas por derivação. Informa ainda o autor: “se a prova ilícita tomada por referência comprometer a proteção de valores fundamentais, como a vida, a integridade física, a privacidade ou a liberdade, essa ilicitude há de contaminar a prova dela referida, tornando-a ilícita por derivação, e, portanto, igualmente inadmissível no processo”.¹⁸

Pouco importa, para o citado autor, que a lei ordinária venha ou não a prever expressamente a cominação de inadmissibilidade ou nulidade das provas ilícitas por derivação. Haverá sempre uma referência constitucional cujo enfoque deverá ser o das liberdades públicas. Deve-se questionar a *ratio* das normas violadas pelo comportamento contrário à Constituição.

¹⁶ Ibid., p. 76.

¹⁷ Ibid., p. 77.

¹⁸ Ibid., p. 78.

Capítulo 2

2 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: ANTECEDENTES E CONCEITOS BÁSICOS.

O emprego de meios eletrônicos para conhecer ou documentar o conteúdo de conversações telefônicas (ou entre pessoas presentes) é, atualmente, bastante comum e difundido. Devido aos progressos da tecnologia, são na prática, acessíveis não apenas às autoridades públicas mas também ao homem comum.

O risco que a difusão indiscriminada desses recursos acarreta já se torna preocupante em nosso país. São freqüentes, nos classificados dos jornais e revistas, anúncios de serviços de detetives particulares especializados em instalar ou detectar aparatos de escutas eletrônicas, em residências e empresas.

As constituições brasileiras, a partir do Império, sempre garantiram o sigilo da correspondência e das comunicações de forma aparentemente absoluta. Não foram previstas quaisquer exceções nos textos constitucionais, a não ser na Carta de 1937 que, em seu **art. 122, VI**, determinava: **“a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salvo as exceções previstas em lei”**.

O sigilo da correspondência era interpretado pela doutrina em sentido amplo, de forma a amparar a correspondência telefônica e a telegráfica, que só passaram a merecer proteção expressa a partir do texto de 1967, com a redação dada pela Emenda 1, de 17/10/1969, que previa em seu **art. 153, §9º**: **“É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas”**.

Paralelamente, estava em vigor o art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações, Lei 4117/62, que dispunha:

“Art. 57. Não constitui violação de telecomunicação:

II- o conhecimento dado:

e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste.

Esse texto era questionado em face da Constituição vigente, que garantia o sigilo das telecomunicações de forma absoluta, não prevendo a requisição judicial.

Entretanto, parte da doutrina e da jurisprudência sustentava a compatibilidade do art. 57 do Código Brasileiro de Telecomunicações com a Constituição vigente,

visto que nenhuma norma constitucional garante direito absoluto, devendo se enquadrar no sistema como um todo, podendo, desta forma, efetivar-se a interceptação mediante requisição judicial à concessionária de telecomunicações, em casos graves. Dado o caráter eminentemente cautelar da medida, deveria o juiz observar os requisitos das medidas cautelares em geral, quais sejam o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, além de observar, mesmo que de forma tímida, o contraditório.

Em relação à inviolabilidade de domicílio, a Carta de 1969 previa expressamente a possibilidade de exceções, a serem estabelecidas em lei (art. 153, § 10º). Questionava-se, assim, a limitação do caráter aparentemente absoluto do sigilo da correspondência e das comunicações, tendo em vista o princípio da convivência das liberdades, em que nenhum direito pode ser exercido de modo danoso à ordem pública ou às liberdades alheias.

A Constituição de 1988, pretendendo superar a polêmica, assegurou o sigilo das telecomunicações com ressalvas, nos seguintes termos:

“Art. 5º.....

XII- é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Desta forma, parece claro que o legislador constituinte estabeleceu como a regra o sigilo e como a exceção a interceptação, mas somente no campo penal.

2.1 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Porém, em seguida, outra polêmica surgiu: o art.57 do Código Brasileiro de Telecomunicações havia sido recepcionado ou haveria necessidade de norma específica regulamentando. Após várias opiniões e pronunciamentos judiciais divergentes, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no *Habeas Corpus*

nº 73.351-4 -SP, julgado em maio de 1996, concluiu que não houve recepção do referido artigo, dependendo o texto constitucional de lei específica para se tornar eficaz. Desta forma, até a regulamentação, a interceptação telefônica não seria admitida. O referido acórdão, tendo como relator o Ministro Ilmar Galvão, informou o seguinte: “a prova ilícita contamina as provas obtidas a partir dela. Com fundamento na doutrina dos ‘frutos da árvore envenenada’, o Tribunal determinou, por maioria de votos, o trancamento de ação penal por crime de tráfico de entorpecentes, em que o flagrante - apreensão de 80 quilos de cocaína - e demais provas só foram possíveis em virtude de interceptação de ligações telefônicas autorizadas pelo juiz. Aplicação do art.5, LVI, da CF (são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos). Necessidade de regulamentação do art. 5º , XII, da CF (é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal¹⁹.”

Para o Supremo Tribunal Federal (STF), o preceito constitucional não era auto-aplicável.

Também nesse sentido a decisão do Ministro Sepúlveda Pertence na avaliação do *Habeas Corpus* nº 69.912-0 – RS: “a pretendida recepção do art. 57, II, e, Código Brasileiro de Telecomunicações, com a inteligência que se lhe quer emprestar, esvaziaria por completo a garantia constitucional, na medida em que a faria vulnerável a toda a forma de arbítrio judicial”.

Já o Superior Tribunal de Justiça (STJ), por algumas de suas Turmas, tinha um entendimento que relativizava o uso da prova obtida por interceptação telefônica, admitindo-a em alguns julgados, discordando, assim, do entendimento do STF.

É o que se verifica na leitura do *Habeas Corpus* nº 4.138 - RJ: “Constitucional e processual penal. *Habeas Corpus*. Escuta telefônica com ordem judicial. Réu condenado por formação de quadrilha armada, que se acha cumprindo pena em penitenciária, não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal (corrupção ativa) ou destruir gravação feita pela polícia. O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos, não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato

¹⁹ Ibid.

ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da atualização constitucional, base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência norte-americana mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da razoabilidade. O princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas também lá pede temperamentos. Ordem denegada.”²⁰

O dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei 9296 de 24 de julho de 1996.

2.2 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – CONCEITO

Para a continuação deste trabalho faz-se necessário também distinguir alguns conceitos. A interceptação, em sentido estrito, é a realizada por alguém sem autorização de qualquer dos interlocutores para a escuta e, eventualmente gravação, de sua conversa, e no desconhecimento deles. Há três protagonistas: dois interlocutores e um terceiro que capta a conversação sem o conhecimento daqueles. É o chamado “grampeamento”²¹. Este é que caracterizará o crime do art.10, se realizado fora dos casos legais.

Gravação clandestina ou ambiental (não no sentido de meio ambiente, mas no ambiente), é a gravação por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro. Não há aqui a presença de um terceiro. Não é interceptação e nem está disciplinada pela Lei citada e também, inexistente tipo que a incrimine. O sigilo existe em face de terceiros e não entre os interlocutores, os quais estão liberados se houver justa causa para a divulgação. O seu aproveitamento como prova dependerá da verificação no caso concreto se houve violação do direito à intimidade do outro interlocutor e se há justa causa para a gravação. No caso da não admissão valerá a

²⁰ Ibid., p. 24.

²¹ Ibid., p. 101.

regra constitucional da não admissão das provas obtidas ilicitamente, mas não a interceptação telefônica²².

Escuta telefônica dá-se da mesma forma que a interceptação só que com o consentimento de apenas um dos interlocutores. A lei também não disciplina esta situação. Um exemplo é o da conversação com os sequestradores, quando a família autoriza a escuta pela polícia.

Ambas as situações(gravação clandestina ou ambiental e escuta telefônica) são irregulamentáveis porque estão fora do âmbito do inciso XII do art. 5º da Constituição. Sua legalidade, bem como a prova dela decorrente, dependerá da análise do direito à intimidade, se existente, bem como a justa causa para a gravação ou a interceptação, como o estado de necessidade e a defesa de direito.

As hipóteses acima mencionadas não se aplicam à Lei comentada, inclusive quanto à autorização judicial, pois o Poder Judiciário brasileiro não exerce função consultiva.

Porém, aplica-se a disciplina da norma legal comentada à quebra do sigilo das comunicações telefônicas, mesmo que não seja interceptação propriamente dita, quanto aos registros sobre as comunicações existentes nas concessionárias de serviços públicos, tais como a lista de chamadas interurbanas, os números chamados para telefones celulares, etc. Mas a autorização judicial só deve ocorrer se houver razoável suspeita de prática de crime apenado com reclusão.

Vicente Greco Filho, não obstante decisões judiciais em contrário, se posiciona no sentido de que os titulares do sigilo das telecomunicações são os *interlocutores* e estes é que estão protegidos pela garantia constitucional, não o dono do direito de uso da linha telefônica. Este não pode interceptar uma conversa telefônica, salvo se na forma da lei e com autorização judicial, e salvo se, em virtude de norma empresarial, inexistir o sigilo das comunicações com telefones da empresa, e isto seja do conhecimento daquele que fala ao telefone. Interpretação contrária levaria ao absurdo de se entender que aquele que fala em telefone público não teria garantia de sigilo das comunicações porque o titular do direito de uso da linha é o Poder Público.

²² Ibid., p. 107

2.3 NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO QUE CONCEDE OU NÃO A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E RECURSO CABÍVEL.

Reputa-se lícita a interceptação telefônica, desde que realizada dentro dos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico. O seu resultado, que é uma operação técnica, é fonte de prova. Através do meio de prova (a gravação e sua transcrição) será introduzida no processo. Considera-se a doutrina meio de apreensão imprópria, no sentido de por ela se apreenderem os elementos fonéticos que formam a conversação telefônica, e enquadrando-a como forma de coação processual.

Na maioria dos ordenamentos jurídicos, a sua execução depende de ordem judicial. O provimento que autoriza a interceptação reveste-se de natureza cautelar, pois visa à fixação dos fatos, assim como se apresentam no momento da conversa. Enseja, pois, evitar que a situação existente ao tempo do crime venha a se modificar durante a tramitação do processo principal, e, nesse sentido, visando conservar, para fins exclusivamente processuais, o conteúdo de uma comunicação telefônica, pode ser agrupado entre as cautelas conservativas. Se concedida na fase do inquérito policial ou da investigação criminal é medida cautelar preparatória e é decisão judicial administrativa, apesar de emanada de órgão judicial. Se concedida na fase de instrução criminal é medida cautelar incidental e trata-se de decisão interlocutória. A tutela cautelar penal surge da impossibilidade de se fazer com rapidez e segurança jurídica o processo de conhecimento condenatório.²³

Exige-se, para tanto, os requisitos que justificam as medidas cautelares. Quanto ao *fumus bonis iuris*, a questão é delicada, pois, da mesma forma que ocorre com a busca domiciliar, a autoridade concessora da medida deve dispor de elementos seguros da existência de um crime, de extrema gravidade, que ensejaria o sacrifício da privacidade. Com relação ao *periculum in mora*, deve ser considerado o risco ou prejuízo que da não realização da medida possa resultar para a investigação ou instrução processual. E ainda, como toda decisão judicial, deve ser motivada, sob pena de nulidade, como prevê a Constituição Federal de 1988.

²³ Ibid.

A medida cautelar preparatória ou incidental deve ser concedida sob segredo de justiça, ou seja, informada pelo princípio da publicidade interna restrita.

Caso concedida na fase do inquérito policial, não cabe recurso, pois não há previsão em nenhuma parte da legislação processual de recurso de delegado de polícia contra ato de juiz, salvo como parte propriamente dita em uma relação jurídica processual. Porém, o Ministério Público tem legitimidade para impugnar a decisão judicial que concede ou não a interceptação telefônica, seja na fase do inquérito policial, seja no curso da instrução processual penal.

Paulo Rangel entende ser o Mandado de Segurança a medida judicial cabível, pois há a necessidade de se defender o direito líquido e certo do Ministério Público de persecução penal nos limites previstos em lei²⁴.

É recomendável também o Mandado de Segurança para evitar o inconveniente da ausência de contra razões recursais, caso o intérprete entenda que a medida judicial cabível seja o recurso de apelação com base no art. 593, II do Código de Processo Penal. Neste caso seria um contra senso chamar o investigado ou acusado para contra arrazoar um recurso de uma decisão que foi prolatada com publicidade interna restrita, pois se houver concessão da segurança o segredo de justiça continua mantido em relação ao investigado ou acusado.

Torquato Avolio entende caber recurso em sentido estrito, nos termos dos artigos 581 a 592 do Código de Processo Penal.²⁵

Com relação à possibilidade do assistente da acusação poder ou não requerer a medida, a maior parte da doutrina entende que a hipótese se encaixa perfeitamente no art. 271 do Código de Processo Penal quando diz: “.... propor meios de prova...”. Se pode propor meios de prova porque não propor a interceptação telefônica que é um meio de prova reconhecido pela própria lei?

²⁴ RANGEL, P. Breves Considerações Sobre a Lei 9.296/96. 2002.

²⁵ Ibid., p. 206.

2.4 DOCUMENTAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO E SEU VALOR PROBANTE.

A conversa telefônica interceptada, que é o objeto da prova, pode ser provada por vários meios, até pelo testemunho do interceptador. Em se tratando, todavia, de interceptações autorizadas por autoridade judiciária, o resultado da operação técnica deve revestir-se de forma documental. Documento, como define Moacyr Amaral Santos, é “coisa representativa de um fato e destinada a fixá-lo de modo permanente e idôneo, reproduzindo-o em juízo”.²⁶

No caso, tanto a gravação, que permite a reprodução sonora do objeto da prova e sua escuta, como a degravação, isto é, a transcrição da conversa, devem ser introduzidas no processo, como meio de prova. A doutrina recomenda ainda, a documentação das etapas de operações desenvolvidas, ainda que não obtenham êxito, através da lavratura dos termos e autos respectivos, o que assegurará, desta forma, a genuinidade da prova.

O valor probante do resultado da interceptação, contudo, nada tem a ver com a admissibilidade desse meio de prova. A questão vai repercutir no momento probatório da sua valoração pelo juiz. Isso porque a interceptação é uma operação técnica, que visa a colher coativamente uma prova. Assim, quando o objeto da interceptação recair diretamente sobre o fato a ser provado, a prova resultante será direta; quando recair sobre fato diverso, que poderá conduzir ao fato que se pretende provar, a prova será indiciária. Caberá ao juiz valorar o resultado da interceptação como prova ou indício.

2.5 PROVA EMPRESTADA.

A questão é controvertida. A doutrina entende por prova emprestada aquela que é admitida, produzida e valorada num processo e transportada documentalmente para outro visando neste a gerar os efeitos que lhe forem necessários diante do princípio do contraditório.

²⁶ Ibid.

Admitir a prova emprestada, em matéria de interceptação telefônica, é burlar obliquamente o texto constitucional que é expresso e claro: **“...para fins de investigação criminal e instrução processual penal”**.

Deve-se lembrar que a regra é o sigilo e, excepcionalmente, a quebra deste sigilo através da interceptação e pelos valores que estão envolvidos, a interpretação da norma constitucional deve ser estrita.

Neste sentido, o professor Luiz Flávio Gomes afirma: “Em conclusão, a prova colhida por interceptação telefônica no âmbito penal não pode ser ‘emprestada’ (ou utilizada) para qualquer outro processo vinculado a outros ramos do direito. (...) essa prova criminal deve permanecer em ‘segredo de justiça’. É inconciliável o empréstimo de prova com o segredo de justiça assegurado no art. 1º da lei 9.296/96”.

Também contra a prova emprestada, Vicente Greco Filho justifica: “Os parâmetros constitucionais são limitativos. A finalidade da interceptação, investigação criminal e instrução processual penal é, também, a finalidade da prova e somente nessa sede pode ser utilizada.

A professora Ada Pellegrini Grinover, entretanto, aceita a prova emprestada colhida através da interceptação telefônica desde que o processo penal tenha sido desenvolvido entre as mesmas partes. Eis suas palavras: “O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, lícitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamente vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez deve prevalecer a lógica do razoável”.²⁷

O professor Paulo Rangel entende que não se pode criar situações de legitimidade de uma prova que, expressamente, é vedada pelo legislador constituinte.²⁸

²⁷ Ibid., p.194.

²⁸ Ibid.

Capítulo 3

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI Nº 9.296/96.

3.1 ARTIGO 1º

Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

A Lei é dirigida especificamente ao processo penal, sendo evidente que não será possível o uso da prova colhida mediante interceptação telefônica em outro processo. Logo conclui-se que a Lei 9.296/96 não admite a prova emprestada.

Com relação ao direito intertemporal, a nova Lei é aplicável de imediato, inclusive nos processos em andamento, mesmo que o crime tenha ocorrido antes da Lei. “A evidência, a Lei 9.296 não convalida interceptações autorizadas antes do dia 24 de julho de 1996, ainda que a interceptação tenha sido realizada depois desse dia (*tempus regit actum*). Ou seja, provas colhidas por intermédio de interceptação telefônica autorizada (ou não) antes da lei serão absolutamente ilícitas”²⁹.

O sigilo do procedimento de interceptação não viola o inciso LX do art.5º da Constituição, até porque, se assim não o fosse, a própria interceptação estaria inviabilizada. Se informado o réu ou o investigado, ele nunca iria efetuar qualquer comunicação comprometedor. O contraditório será proporcionado, garantindo-se, após a gravação e transcrição, ao investigado ou ao acusado o direito de impugnar a prova e oferecer contra-prova.

Quando o legislador refere-se à interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, suscita algumas questões:

A interceptação englobaria a escuta telefônica?

²⁹ Gomes, Luiz Flavio. Lei 9.296/96 e direito intertemporal. In Enfoque Jurídico. Ago/96,p.3.

Segundo Luiz Francisco Torquato Avolio, “interceptação, etimologicamente falando, significa “deter na passagem”, logo, é uma conduta que só pode ser praticada por um “terceiro”³⁰. Então, entende-se por interceptação telefônica, *stricto sensu*, a captação, por um terceiro, da conversa telefônica desenvolvida entre dois interlocutores, sem o consentimento destes. Na escuta telefônica, a interceptação é consentida por um dos interlocutores.

Para vários autores, como Luiz Flávio Gomes, estariam ambos os meios de prova contemplados na lei, podendo o juiz tanto autorizar uma interceptação como permitir uma escuta.

Em sentido contrário, Vicente Greco Filho, cuja opinião já avaliamos neste trabalho, e diversos outros autores, como Antonio Scarance Fernandes, que considera que a lei não abarca a escuta telefônica, mas este meio de prova é permitido quando houver justa causa. Ou seja, por força do princípio da proporcionalidade, como nos casos de seqüestro (gravações de conversas entre seqüestradores e familiares da vítima).³¹

Segundo as palavras de Luiz Francisco Torquato Avolio: “Primeiramente, tenho que a lei poderia ter regulamentado a escuta, vez que sua disciplina é a mesma da interceptação: interferência na comunicação entre duas pessoas. Entendo, contudo, que o novel diploma não chegou a fazê-lo, já que não se afigura lógico dar a institutos afins, porém de conteúdos distintos, a mesma disciplina, sob pena de nada se aproveitar da estabelecida e consagrada distinção doutrinária. De mais a mais, onde a lei não distingue...”³²

A doutrina tende a sustentar que o legislador limitou-se a tratar da interceptação telefônica, ignorando a modalidade escuta telefônica, porém admitindo que o juiz pode autorizar a escuta com base na aplicação do princípio da proporcionalidade, independente de previsão legal.

Essa posição vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal, merecendo destaque recente julgamento relatado pelo Ministro Octavio Gallotti, cujo voto

³⁰ Ibid., p.176.

³¹ Fernandes, Antonio Scarance. A lei de interceptação telefônica. In Justiça Penal n.º 4. São Paulo, RT, 1996, p.54.

³² Ibid.

fundamentou-se no magistério de Ada Pellegrini Grinover e no princípio da proporcionalidade.³³

O que se deve entender por interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza?

A interceptação prevista na Lei se aplica a qualquer tipo de comunicação estabelecida via telefone, como a Internet, ou somente às conversas telefônicas?

Os estudiosos do assunto se reportam a critérios técnicos, legais e até práticos para resolverem o assunto. Luiz Flávio Gomes, analisando a evolução do conceito legal de telefonia a partir do Código Brasileiro de Telecomunicações, de 1962, até o advento da Lei 9.472, de 16.07.1997, que regula a organização dos serviços de telecomunicações, conclui que “comunicação telefônica não se limita às

³³ da proporcionalidade como fator de legitimação de prova: ‘Esse princípio, a propósito, é que pode legitimar a interceptação ilícita nos casos, por exemplo, de seqüestro, em que se confrontam dois valores constitucionalmente garantidos, como o direito à vida, ou à integridade física (do seqüestrado) e o direito à intimidade ou ao sigilo da correspondência e das comunicações, ou ainda à inviolabilidade do domicílio (do seqüestrado ou de terceiros), fazendo com que prevaleça o mais relevante’. Essa mesma orientação acaba recentemente de prevalecer perante esta Turma, quando do julgamento, em sessão de 10 de junho corrente, do HC 75.262-6, cuja ementa é a seguinte: “Interceptação telefônica e gravação de negociações entabuladas entre seqüestradores, de um lado, e policiais e parentes da vítima, de outro, com o conhecimento dos últimos, recipiendários das ligações. Licitude desse meio de prova. Precedente do STF: HC 74.678, 1 Turma, 10.06.1997” (...). Diz a ementa do referido precedente: “*Habeas Corpus*. Utilização de gravação de conversa telefônica feita por terceiro com autorização de um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, quando há, para essa utilização, excludente de antijuridicidade. Afastada a ilicitude de tal conduta - a de, por legítima defesa, fazer gravar e divulgar conversa telefônica ainda que não haja o conhecimento do terceiro que está praticando o crime -, é ela, por via de consequência, lícita e, também consequentemente, essa gravação não pode ser tida como prova ilícita, para invocar-se o art. 5º, LVI, da Constituição com fundamento em que houve violação da intimidade (art. 5º, X, da Carta Magna)”. *Habeas Corpus* indeferido”. Diz o voto do Eminentíssimo Ministro Octavio Galotti: “No tocante à alegação de nulidade, por ilicitude de interceptação telefônica, é eloqüente no caso para fundamentar a condenação a suficiência de elementos probatórios autônomos (anteriores e subsequentes às gravações), como demonstra o parecer, perfeitamente afinado com a jurisprudência do Tribunal, na qual se insere, além do ilustrativo precedente da lavra do eminente Ministro Ilmar Galvão (HC74.706), entre outros, o acórdão desta Turma, de que fui relator, no HC 74.559 (DJ de 09.05.1997) e mais os proferidos pela Segunda Turma no HC 72.463 (DJ de 29.09.1995) e no de n. 73.101 (DJ de 28.11.1995), respectivamente relatados pelos eminentes Ministros Néri da Silveira e Maurício Corrêa. Ainda mais importante é, porém ressaltar a licitude, em si mesma, da prova contestada na hipótese dos autos, clássico exemplo de interceptação das negociações telefônicas entre seqüestradores, de um lado, e policiais e familiares da vítima, de outro, conhecida a gravação pelo recipiendário das ligações. Eis, a respeito dessa situação, a remissão de Luiz Francisco Torquato Filho ao magistério de Ada Pellegrini Grinover: ‘A propósito, refere Ada Pellegrini Grinover que a doutrina configura a hipótese como uma espécie de direito do indivíduo ao controle do próprio telefone: assim, por exemplo, os familiares da pessoa seqüestrada, ou a vítima de estelionato, ou ainda aquele que sofre intromissões ilícitas e anônimas, através do telefone em sua vida privada’ (*Provas ilícitas*, autor citado, RT, 1995.9.97). Também no caso específico do seqüestro, aduz Avolio ao tratar do princípio 74.678, onde admitiu o eminente Relator, Ministro Moreira Alves, com apoio nos mais renomados autores, que cessa a ilicitude da interceptação e da gravação, na hipótese em que realizadas para pôr termo à extorsão ou outro fato delituoso”.

conversações telefônicas, incluindo a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por meio da telefonia, estática ou móvel(celular)” .³⁴

A Lei 9.742 refere-se ao conceito de telecomunicação como sendo a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radio eletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza. Conceito este muito mais amplo do que o de “comunicação telefônica”, na acepção utilizada pelo legislador constituinte.³⁵

Logo, Luiz Flávio Gomes entende ser possível a interceptação de qualquer comunicação via telefone, conjugada ou não com a informática.

Geraldo Prado, utilizando critério técnico, o qual leva em conta a instantaneidade do meio de comunicação telefônico, visto que os dados da comunicação desaparecem imediatamente após esta perfazer-se, aceita que as razões que autorizam a interceptação das comunicações telefônicas são idênticas àquelas que autorizariam interceptar-se os dados transmitidos via Internet.³⁶

Luiz Francisco Torquato Avolio entende diferente, amparado na própria definição de telefone, que segundo Aurélio Buarque de Holanda, é o aparelho para transmitir a distância a palavra falada; capaz de emitir e receber mensagens faladas. Dentro deste conteúdo, Torquato Avolio questiona onde caberia a interceptação de comunicações emitidas por aparelhos de fax e modems de computador. Estas seriam formas de comunicações de dados que, segundo o autor, são invioláveis, conforme informa nossa carta magna, salvo pela aplicação do princípio da proporcionalidade. Logo, a comunicação telefônica restringe-se às conversas telefônicas.³⁷

Para Torquato Avolio, a interceptação telefônica representa uma limitação ao direito individual à intimidade, e as limitações às liberdades devem ser interpretadas estritamente. Neste casos, da mesma forma que ocorre com a escuta telefônica, que não foi objeto de regulamentação, deverá o juiz apontar claramente os interesses

³⁴ Ibid., 181, 182.

³⁵ Ibid.

³⁶ A interceptação das comunicações telefônicas e o sigilo constitucional de dados operados em sistemas informáticos e telemáticos, Boletim IBCCrim 55, jun./97, pp.13,14.

³⁷ Ibid., p.184.

em conflito, de forma a justificar a limitação do direito individual em cada caso concreto.³⁸

Não poderia a lei dizer mais do que comporta o texto constitucional. Passando-se, contudo, à interpretação judicial no caso concreto, diante de casos mais graves, poderia se lançar mão da proporcionalidade, legitimando a intrusão nos meios de comunicação diversos da conversa telefônica.³⁹

É evidente que o autor mencionado acima, ao interpretar o inciso XII, do art.5º da Constituição Federal, considerou a palavra “**dados**” como uma partícula independente da expressão “comunicações telefônicas”, ou seja, os dados referem-se a outras forma de comunicação que não a telefônica, sendo, por conseguinte, invioláveis.

Mas a maior parte da doutrina entende que o dispositivo constitucional está dividido em dois grupos distintos, a saber: 1º grupo: **sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas**; 2º grupo: **de dados e das comunicações telefônicas**.

Para Paulo Rangel o legislador constituinte quis e permitiu a quebra do sigilo de dados sejam das comunicações telefônicas sejam de outros dados de comunicação. Caso fosse diferente, o criminoso da era da informática ou o criminoso via satélite, da fibra óptica ou ainda que utilizasse do infra vermelho estaria protegido diante da norma constitucional.⁴⁰

“A interpretação literal de qualquer norma é a menos aconselhável. A interpretação progressiva bem como o princípio da atualidade devem ser chamados pelo intérprete da norma. Ou seja, há que se adequar a norma constitucional a realidade tecnológica atual.”⁴¹

Por fim, o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, a respeito do tema, registra ser evidente que a interceptação não pode colher a conversa do indiciado ou do réu com o seu advogado. Será contraditório o Estado obrigar o advogado a guardar segredo profissional e imiscuir-se na conversa e dela valer-se para punir o cliente.

Qual o juiz competente?

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid., p.185.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

A competência para deferir a medida é de natureza funcional e trata-se de competência absoluta.

A autorização da interceptação, escrita e fundamentada, deve ser concedida somente pelo juiz que for competente para a apreciação da ação principal; juiz competente significa que, na hipótese de o investigado ter prerrogativa de foro, a autorização de interceptação somente pode ser deferida pelo juiz natural. No caso de o investigado ser juiz, somente o Presidente do Tribunal é que pode autorizar a escuta, ocorrendo a mesma situação nos casos de membros de Ministério Público e deputados estaduais; já no caso de Governador do Estado, quem pode autorizar a interceptação é o Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

Em comarcas complexas, por força da organização judiciária estadual, tem sido admitida a existência de juízos especializados para as providências anteriores ao oferecimento da denúncia. A orientação jurisprudencial dominante é de que estas providências tornariam preventivo o juízo da ação principal, ensejando alegação de nulidade dos atos praticados pelo juiz especializado, já que a lei 9.296 expressamente vincula a competência do juiz da autorização ao juiz da ação principal.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que prevalece a autonomia da lei estadual de organização judiciária, não sendo nulos, então, tais atos.

É inconstitucional o parágrafo único do artigo 1º ?

Tem-se como exemplo destes tipos de comunicação: o e-mail, a Internet, o fac-símile.

Esta matéria suscita consideráveis polêmicas, a partir da interpretação do inciso XII do art. 5º da Constituição.

Vicente Greco Filho declina pela inconstitucionalidade do referido dispositivo, pois, para o ilustre mestre, a expressão “no último caso”, do dispositivo constitucional, refere-se apenas às comunicações telefônicas. Lembra ainda que: “Se a Constituição quisesse dar a entender que as situações são apenas duas, e quisesse que a interceptação fosse possível nas comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, a ressalva estaria redigida não como ‘último caso’, mas como ‘no segundo caso’. Ademais, segundo os dicionários, último significa o derradeiro, o que encerra e não, usualmente, o segundo.

Por outro lado, a garantia constitucional do sigilo é a regra e a interceptação a exceção, de forma que a interpretação deve ser restritiva quanto a esta (*exceptiora non sunt amplianda*) “. ⁴²

No mesmo sentido Torquato Avolio, que conclui pela inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo primeiro da Lei 9.296/96. Segundo o autor, “a comunicação de dados, assim como as comunicações telegráficas e a correspondência são colocados pelo legislador constituinte em termos de proibição absoluta, já que só abre exceção expressa à interceptação das comunicações telefônicas. A proibição é, na verdade, aparentemente absoluta, já que no concerto das liberdades públicas todos os valores devem ser encarados relativamente, de molde a encontrar-se uma harmonia no sistema. Tal caráter absoluto tem o objetivo, no plano legislativo, de limitar o poder regulamentar do legislador infraconstitucional. A Lei de interceptação não pode dispor sobre o que é colocado em termos aparentemente absolutos pela Constituição”. ⁴³

Lenio Luiz Streck, discordando de Vicente Greco Filho e de Torquato Avolio, entende que “o parágrafo único, ao estender a possibilidade de interceptação também ao fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática, apenas especificou que a Lei também atingirá toda e qualquer variante de informações que utilizem a modalidade ‘comunicações telefônicas’. Ou seja, objetivou a Lei estender a aplicação das hipóteses de interceptação de comunicações telefônicas *a qualquer espécie de comunicação*, ainda que realizada mediante sistemas de informática, existentes ou que venham a ser criados, desde que tal comunicação utilize a modalidade ‘comunicações telefônicas’”. ⁴⁴

Ainda lembra o Juiz Federal Ivan de Lira Carvalho. “Quisesse o constituinte limitar a interceptação simplesmente aos telefones entre pessoas, não teria usado ‘comunicações ‘ *lato sensu* . Sabe-se que, com o avanço da informática, permite-se a prática de comunicações via computador, por exemplo, a Internet, cujo veículo é o telefone”. ⁴⁵

⁴² Ibid., p. 11, 12.

⁴³ Ibid., p.190.

⁴⁴ Ibid., p. 42, 43.

⁴⁵ Carvalho, Ivan de Lira. A regulamentação da escuta telefônica. Abordagem primária. In Enfoque Jurídico, Edição 01, ago/96, Suplemento do Informe TRF, 1ª Região, p.7.

Scarance Fernandes é da mesma opinião, e observa que as interceptações do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática somente serão admitidas quando feitas por telefone, para transmissão de mensagens entre dois usuários, como no sistema modem. Mas não será admitido a entrada em computador alheio, para acesso aos dados nele registrados, os quais são invioláveis, segundo o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal⁴⁶. Uma coisa são os bancos de dados, protegidos pelo sigilo, e outra coisa são tais dados, cujo conteúdo se relacionam a crime, passados via informática, de um banco ou uma empresa para outra, estes sim interceptáveis.

Damasio E. de Jesus entende que a Constituição Federal não cometeria o descuido de permitir a interceptação telefônica apenas no caso de conversação verbal, proibindo nas hipóteses mais modernas. Se assim fosse, bastaria, para burlar a permissão constitucional, “digitar e não falar”.⁴⁷

Luiz Flávio Gomes sustenta a constitucionalidade do dispositivo bem como sua aplicação ampla e irrestrita, tanto às comunicações desenvolvidas por telefone quanto às telemáticas. Parte do pressuposto de que não há direito absoluto.⁴⁸

Luís Alberto Carlucci Coelho informa que “a transferência de dados, via linha telefônica, como ocorre corriqueiramente hoje através dos e-mails, é mero meio ou forma, através da qual as pessoas se comunicam. E o fazem através do uso do ‘modem’, empregando a linha telefônica, caracterizando-se, pois, uma comunicação telefônica, sigilo violável segundo nossa Carta”.⁴⁹

Os adeptos da teoria da inconstitucionalidade ventilam a idéia de que uma interpretação extensiva, filiada ao juízo de constitucionalidade, permite exceção ou impõe limite à direito fundamental que o legislador constituinte não impôs e que, portanto, não poderia ser imposto pelo legislador ordinário.

Não parece ser o que ocorre. Em 1988, ano da promulgação de nossa atual Constituição, a Internet, por exemplo, era apenas uma idéia para poucos e puro desconhecimento para a maioria. Necessário, pois adequar o ordenamento de ontem às condições de hoje.”⁴⁹

⁴⁶ Fernandes, Antonio Scarance. A lei de interceptação telefônica. In Justiça Penal n.º 4. São Paulo, RT, 1996, p.54.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid., p. 189

⁴⁹ COELHO, L. A. C. Aspectos da lei de Interceptações Telefônicas. In: Jus Navigandi, n.42. 2002.

3.2 ARTIGO 2º

Art. 2º. Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

- I- não houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal;**
- II- a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;**
- III- o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.**

Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Uma crítica praticamente unânime na doutrina é que este artigo optou por uma lamentável redação negativa, enumerando os casos em que não será admitida a interceptação, em vez de indicar taxativamente os casos em que será ela possível.

Nas palavras de Vicente Greco Filho é “lamentável porque a redação negativa sempre dificulta a inteligência da vontade da lei e mais lamentável ainda porque pode dar a entender que a interceptação seja a regra, ao passo que, na verdade, a regra é o sigilo e aquela, a exceção”.⁵⁰

Os incisos I e II deste artigo apresentam os requisitos para a autorização das interceptações: *o fumus boni iuris* e *o periculum in mora*.

A existência de indícios de autoria ou participação em infração penal (inciso I) constitui um requisito geral das medidas cautelares, *o fumus boni iuris*. Para muitos autores nem precisaria ser enunciado como pré-requisito das interceptações telefônicas, pois seria difícil imaginar que um juiz deferisse provimento dessa natureza sem respaldo num princípio de prova. Desta forma não poderia ser deferida uma interceptação para iniciar uma investigação. Segundo Luiz Flávio Gomes “não existe interceptação de ‘prospecção’, para se descobrir se uma determinada pessoa

⁵⁰ Ibid., p. 13, 14.

estaria ou não envolvida em algum possível crime, uma vez que a infração vem antes. Só depois de sua ocorrência torna-se possível a medida cautelar”.⁵¹

O segundo requisito geral das medidas cautelares, *o periculum in mora*, vem exigido pela expressão contida no inciso II. Pela interpretação do dispositivo conclui-se que se exige uma espécie de prova negativa para deferir a interceptação.

Lenio Luiz Streck aconselha que se evite a interpretação extensiva da parte final do inciso II, isto porque “outros meios disponíveis não são os que, materialmente, a autoridade policial tenha à sua disposição, mas sim, os meios legais-processuais. Caso contrário, a simples alegação da polícia de que ‘não tem outros meios disponíveis’ (p. ex. falta de peritos, etc.), já seria bastante para o deferimento da interceptação”.⁵²

Este raciocínio é reforçado pelo art.4º, caput, da Lei 9.296, que dispõe: *o pedido de interceptação conterà a demonstração de que sua realização é necessária à apuração da infração*.

Vicente Greco Filho informa que os incisos I e II contêm conceitos abertos e indeterminados, dificultando a decisão do juiz a respeito. Mas deve-se entender que os meios disponíveis são os existentes no momento em que é solicitada a interceptação, pois os que surgirem posteriormente não a invalidarão.⁵³

Informa ainda o renomado mestre que o sujeito passivo da interceptação é o interlocutor e não o titular formal ou legal do direito de uso, justificando-se a interceptação em face de alguém que se utiliza da linha ainda que não seja o seu titular. Daí a possibilidade de interceptação em linha pública, aberta ao público ou de entidade pública.

Com relação ao inciso III, a crítica geral é que se deve delimitar mais precisamente este dispositivo, porque a possibilidade de interceptação telefônica aqui é muito ampla. Segundo Greco Filho “há crimes punidos com pena de reclusão que de forma alguma justificariam a quebra do sigilo das comunicações telefônicas. Não se pode sacrificar o bem jurídico da magnitude do sigilo das comunicações telefônicas para a investigação ou instrução de crime em que não estejam

⁵¹ Ibid., p. 193.

⁵² Ibid., p. 46, 47.

⁵³ Ibid., p. 16, 17.

envolvidos bens jurídicos de maior valor. Não se trata de inconstitucionalidade da norma, mas sua aplicação é que pode se tornar inconstitucional”.⁵⁴

Nelson Nery Júnior coloca duas críticas: “primeiro o legislador foi além, elegendo os crimes apenados com reclusão como autorizadores da interceptação telefônica por ordem judicial; segundo, foi aquém, quando deixou de contemplar os crimes de ameaça e contra a honra, quando cometidos por telefone, ou as contravenções penais mais fortemente recriminadas pela sociedade, como é o caso do jogo do bicho.”⁵⁵

O mesmo autor sugere a adoção do princípio da proporcionalidade para legitimar provas obtidas à revelia da Lei 9.296, como no crime de ameaça, com o que não concorda Lenio Luiz Streck, pois as hipóteses, embora excessivas, são *numerus clausus*, e, admitindo a solução sugerida por Nelson Nery Júnior, a avaliação da prova colhida mediante interceptação ficaria ao arbítrio do juiz.

O parágrafo único afigura-se indispensável para que a investigação não tome rumos diversos daqueles para os quais foi autorizada. Mas aqui surge uma polêmica: a interceptação em face de terceiros e em face de fatos não previstos.

Greco Filho não vê limites subjetivos à utilização da prova obtida mediante interceptação, desde que relacionada com o fato que a justificou. Os interlocutores não envolvidos estarão protegidos pelo sigilo das conversas, cuja violação é sancionada penalmente pela própria lei.

Com relação ao surgimento de fatos criminosos diferentes daquele que fundamentou a interceptação, Greco Filho entende que a gravação feita poderia ser utilizada como prova deste fato novo, desde que não se encontre entre as proibições do art. 2º e desde que seja fato relacionado com o primeiro, ensejando concurso de crimes, continência ou conexão, não admitindo a utilização da interceptação em face de fato em conhecimento fortuito e desvinculado do fato que originou a providência.⁵⁶

No mesmo sentido Torquato Avolio, que somente admite a utilização da interceptação como prova, no caso de não haver continência ou conexão com o fato que originou a medida, para prender em flagrante a pessoa que estivesse praticando

⁵⁴ Ibid., p. 15, 16.

⁵⁵ Ibid., p.35.

⁵⁶ Ibid., p. 21, 22.

crime permanente, como o de seqüestro, ou para medida de caráter urgente, como a desativação de uma bomba, ou ainda para impedimento da prática de um crime grave, o que seria admissível com base no critério da proporcionalidade⁵⁷.

Damásio de Jesus entende que o encontro fortuito não é valido como prova em nenhuma hipótese.

3.3 ARTIGO 3º

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento:

- I- da autoridade policial, na investigação criminal;**
- II- do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.**

Aqui nos deparamos com a legitimidade para requerer a medida. A primeira questão é a possibilidade do querelante, em crime de ação penal privada, apenado com reclusão, requerer a medida.

Paulo Rangel entende que “embora o legislador nada tenha mencionado não impediu o querelante de requerer a medida, desde que presentes os demais requisitos exigidos pela lei”.⁵⁸

No mesmo sentido Luís Alberto Carlucci Coelho.⁵⁹

Questiona-se também o fato de o legislador não haver conferido à defesa a possibilidade de requerer a medida.

Torquato Avolio entende que se o acusado pretende usar a medida para obter a prova da própria inocência, pode a requerer. Nas palavras do eminente jurista: “neste caso, pode o advogado do réu, em nome do princípio da proporcionalidade, por constituir o direito de defesa garantia constitucional, oponível à intimidade do terceiro, requerer diretamente ao juiz a realização da interceptação”.⁶⁰

Questiona-se essa omissão em face da previsão constitucional da isonomia processual entre acusação e defesa.

⁵⁷ Ibid., p. 196.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

A questão mais polêmica é a previsão de concessão da medida, de ofício, pelo juiz. Lenio Luiz Streck considera um exagero da lei, pois compromete a imparcialidade do juiz e aconselha aos magistrados que não determinem a medida de ofício.⁶¹

Segundo Luiz Flávio Gomes, “É inconstitucional a interceptação telefônica ‘de ofício’, em consequência, porque vulnera o modelo acusatório de processo, processo de partes, instituído pela Constituição de 1988, quando considera os ofícios da acusação e da defesa como funções essenciais da jurisdição, atribuindo esta aos juizes, que têm competência para processar e julgar, mas não para investigar, principalmente no âmbito extra processual”.⁶²

Em sentido contrário, Paulo Rangel informa que o juiz ao agir de ofício está em perfeita harmonia com o sistema do livre convencimento e o princípio da verdade real. A exposição de motivos do código diz que o juiz deixará de ser um espectador inerte e poderá ordenar de ofício a produção de provas que lhe parecerem úteis para o esclarecimento da verdade. Mas ressalta que o juiz só deve ordenar a interceptação de ofício durante o curso do processo e não durante o inquérito policial, pois está afastado desta fase.⁶³

Torquato Avolio aceita que também no inquérito policial o juiz pode conceder a medida, pois vislumbra um juiz inquisidor que supriria a eventual omissão do Ministério Público ou da autoridade policial, desde que o inquérito já tenha sido deflagrado.

3.4 ARTIGO 4º

Art. 4º O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterá a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

⁶⁰ Ibid., p. 201.

⁶¹ Ibid., p. 66.

⁶² Ibid.

⁶³ Ibid.

Parágrafo primeiro. Excepcionalmente, o juiz poderá admitir que o pedido seja formulado verbalmente, desde que estejam presentes os pressupostos que autorizem a interceptação, caso em que a concessão será condicionada à sua redução a termo.

Parágrafo segundo. O juiz, no prazo máximo de vinte e quatro horas, decidirá sobre o pedido.

O caput deste artigo deve ser correlacionado com os artigos precedentes, para que seja concedida a autorização pelo juiz. Desta forma fica delimitado o alcance da autorização e a medida excepcional não se tornará um cheque em branco para que se faça uma devassa na vida do investigado.

Torquato Avolio afirma que a lei apresenta os requisitos de forma dispersa, dificultando o magistrado no momento da apreciação do pedido, propiciando indefinição no objeto da medida cautelar, o que pode levar a abusos. Informa, ainda, que a lei deveria ser adotada de maior technicalidade, adotando-se a pormenorização das exigências como fator de garantia dos direitos individuais e filtro das ações inconseqüentes e temerárias.⁶⁴

Com relação ao pedido verbal, Torquato Avolio afirma que teria feito melhor o legislador se condicionasse a validade da medida à sua ratificação por escrito pelo solicitante, e não a sua concessão. Segundo o mesmo autor, o material colhido de autorização precária a não ratificada é prova ilegítima, por resultar de desatendimento à lei processual, embora sem sanção expressa.⁶⁵

3.5 ARTIGO 5º

Art. 5º A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

⁶⁴ Ibid., p. 205.

⁶⁵ Ibid.

Com relação à fundamentação, não há maiores problemas, pois além de estar prevista na Constituição, é direito fundamental do cidadão, pois este não sofrerá restrição de direito sem a devida justificação.

Com relação a duração da diligência, existe polêmica sobre a renovação do prazo. Torquato Avolio, Luiz Flávio Gomes e Antonio Scarance Fernandes entendem que só poderá ser renovado uma única vez, podendo o juiz, pelo critério da proporcionalidade, renovar a duração da interceptação tantas vezes quantas forem necessárias.

Vicente Greco Filho, por sua vez, entende que a lei não limita o número de prorrogações, devendo entender-se, então, que serão tantas quantas necessárias à investigação. Segundo este autor a expressão “uma vez” não é adjunto adverbial e sim preposição. Além do mais, há crimes que são praticados ao longo de meses, como o tráfico de drogas. Neste caso, o prazo de 30 dias seria exíguo.⁶⁶

A forma de execução servirá como um limite para que a autoridade policial não cometa excessos ao executar a medida.

3.5 ARTIGO 6º

Art. 6º Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.

Parágrafo primeiro. No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.

Parágrafo segundo. Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

Parágrafo terceiro. Recebidos esses elementos, o juiz determinará a providência do art. 8º, ciente o Ministério Público.

⁶⁶ Ibid., p. 31.

Correlacionando o caput deste artigo com o do artigo subsequente, verifica-se que a autoridade policial poderá realizar a operação técnica pessoalmente, se dispuser dos meios materiais necessários.

Percebe-se que a lei optou por atribuir exclusivamente à autoridade policial a condução das investigações. A doutrina entende que se o Ministério Público pode requerer a medida tanto no curso do inquérito como no do processo penal, pode também conduzir a diligência.

A gravação não é parte integrante da interceptação, mas, se for possível, a transcrição é obrigatória. Pela interpretação do parágrafo primeiro, entende-se que não é possível ao juiz apenas determinar que se ouça a conversa telefônica, quando é possível a gravação.

A não ciência do Ministério público, conforme previsto no parágrafo terceiro, gera nulidade do procedimento.

3.7 ARTIGO 7º

Art. 7.º Para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público.

No sistema do Código Brasileiro de Telecomunicações, a quebra do sigilo telefônico era prerrogativa da companhia concessionária do serviço público. No sistema da lei 9.296, a autoridade policial poderá realizar a diligência pessoalmente ou por intermédio de outra pessoa.

Segundo a doutrina, havendo requisição, a concessionária não pode eximir-se de seu cumprimento.

Quanto à gratuidade dos serviços, a lei silencia mas alguns doutrinadores a preconizam.

3.8 ARTIGO 8º

Art. 8º A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas.

Parágrafo único. A apensação somente poderá ser realizada imediatamente antes do relatório da autoridade, quando se tratar de inquérito policial (Código de Processo Penal, art. 10, § 1º) ou na conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos artigos 407, 502 ou 538 do Código de Processo penal.

A autuação em apartado da medida cautelar de interceptação telefônica ocorre para preservar o sigilo do material obtido, bem como sobre a forma de sua aquisição. Daí o parágrafo único estabelecer o momento do apensamento dos autos apartados aos do processo principal.

Com relação à parte final do parágrafo único, houve um lapso do legislador, pois o artigo 538 do Código de Processo Penal trata dos crimes apenados com detenção, que não estão sujeitos à interceptação telefônica.

Torquato Avolio enfatiza, contudo, que logo após o apensamento, deverá o juiz dar conhecimento da medida cautelar aos envolvidos e seus advogados, sob pena de violação do princípio do contraditório e da ampla defesa. O acusado, segundo o ilustre professor, não pode ter seu direito de defesa cerceado, pois deve ter conhecimento da prova obtida e poder reagir adequadamente, ainda mais quando se lida com uma prova grave, como é a interceptação telefônica. A jurisprudência é pacífica no tocante a fulminar de nulidade a decisão que inobservou a manifestação das partes sobre a prova acrescida.⁶⁷

Após a concretização da medida, abre-se lugar ao contraditório e à ampla defesa com todos os recursos a ela inerentes.

⁶⁷ Ibid., p. 211.

3.9 ARTIGO 9º

Art. 9º. A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

Com a prova já concretizada, poderá ocorrer o incidente inutilizatório dos trechos de gravações irrelevantes ou impertinentes ao objeto da prova.

Segundo Vicente Greco Filho, a redação categórica da lei impõe que sempre que a gravação não interesse à prova deve ser obrigatoriamente inutilizada sob pena de, eventualmente, serem responsabilizados os que se omitiram com dolo eventual, pelo crime do art. 10.

Informa ainda o autor que, “embora o art. 9º se refira apenas à gravação, a inutilização deverá atingir também os resumos ou declarações de conteúdo da interceptação quando feita pessoalmente, sem gravação.

Da decisão que determina, ou não, em caráter definitivo a inutilização, cabe para as partes o recurso de apelação, com fundamento no art. 593,II, do Código de Processo Penal.

O terceiro, se o juiz não o determinar de ofício, pode pleitear a inutilização dos registros ou gravação a seu respeito e, se a decisão for de indeferimento, poderá impetrar mandado de segurança contra ato judicial para a defesa de seu direito ao sigilo e à intimidade”.⁶⁸

3.10 ARTIGO 10º

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo de Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

⁶⁸ Ibid., p. 34, 35.

Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

Este dispositivo prevê dois crimes: realizar interceptação indevidamente e quebrar o segredo de justiça.

O crime de interceptação não é crime próprio, ou seja, pode ser praticado por qualquer pessoa e, segundo Greco Filho, admite a tentativa. Um elemento normativo e um subjetivo integram o tipo: sem autorização judicial é o primeiro e com objetivos não autorizados em lei é o segundo.

Estes elementos são alternativos, ou seja, a existência de qualquer deles caracteriza o crime.

A lei não exige *prévia* autorização judicial, do qual se desprende que, se realizada a interceptação sem ela, se obtida posteriormente deixa de existir a infração.

O crime se consuma com a interceptação, ou seja, independente da revelação da comunicação a outrem. A divulgação do conteúdo da comunicação é mero exaurimento do delito. O crime é permanente, ou seja, a consumação perdura durante todo o tempo em que o agente esteja realizando a interceptação. O crime é doloso, admitindo o dolo eventual, co-autoria ou participação.

Já o crime de quebra do segredo de justiça é crime funcional, próprio, portanto, em que o sujeito ativo é o funcionário, que se vincula, de qualquer maneira, ao procedimento da interceptação (autoridade policial e seus agentes, Ministério Público, etc.). O dispositivo não se aplica ao acusado e seu defensor, porque não têm o dever jurídico de preservar segredo de justiça.

CONCLUSÃO

O direito à intimidade está protegido na Constituição Federal, erigido à cláusula pétrea. Porém, para proteger a sociedade como um todo, o texto constitucional estabeleceu algumas restrições à intimidade.

Há de se ter uma harmonia global no que se relaciona com as liberdades públicas, pois o exercício de uma delas não pode suprimir as liberdades alheias ou de ordem pública.

A prova tem importância fundamental no processo, pois é elemento que faz parte do convencimento do juiz. Na concretização do contraditório a atividade probatória deve ser livre, mas com limites na dignidade humana, impondo-se barreiras naturais quando os meios de prova agredirem princípios fundamentais. Na busca da verdade real deve-se excluir as provas que atentem contra a dignidade humana.

O nosso ordenamento prevê a inutilização de provas ilícitas no processo, porém uma construção jurisprudencial e doutrinária, com base na teoria da proporcionalidade, tornou possível a utilização de determinadas provas ilícitas desde que os valores em jogo se relacionem com direitos fundamentais.

Com relação as provas ilícitas por derivação, a doutrina e a jurisprudência brasileira ainda não se pacificaram. Mas tendem por sua inadmissibilidade, pois esta posição é mais sensível às garantias da pessoa humana.

A Lei 9.296/96, que regula a interceptação telefônica, apesar de ter poucos artigos, gera muita polêmica, devido aos valores e direitos que atinge. A referida lei possui, em alguns artigos, conceitos vagos, abertos, que deixam um espaço discricionário muito perigoso ao arbítrio do juiz. Parece que houve uma certa timidez do legislador.

A doutrina clama por uma maior tecnicidade e precisão na lei 9.296/96. O exemplo mais gritante é o do art. 2º, o qual o legislador optou por uma redação negativa, quando deveria ter determinado em quais situações específicas o juiz poderia conceder a medida de interceptação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

01. AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas – Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.
02. COELHO, Luiz Alberto Carlucci. **Aspectos da Lei de Interceptações Telefônicas**. In **Jus Navigandi**, nº 42. [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina>, 2002.
03. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O Direito de Estar Só: Tutela Penal da Intimidade**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
04. GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
05. GRINOVER, Ada Pellegrini. **liberdades Públicas e Processo Penal – As Interceptações Telefônicas**. 0ª ed. São Paulo: Saraiva, 1976.
06. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.
07. NERY JÚNIOR, Nelson. **Proibição da Prova Ilícita. Novas Tendências do Direito**. In **Justiça Penal** nº 4. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
08. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.
09. RANGEL, Paulo. **Breves Considerações Sobre a Lei 9.296/96 (Interceptações Telefônicas)**. In **Jus Navigandi**, nº 41. [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina>, 2002.
10. STRECK, Lenio Luiz. **As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição – Cidadania – Violência**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.